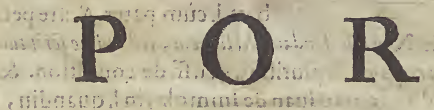

23.







POR D. ALONSO DE ZARZOSA NARuaez, vezino de la ciudad de Antequera.

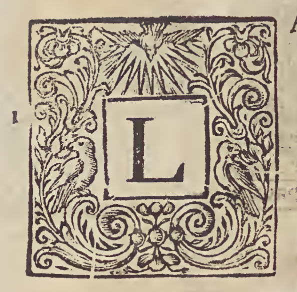
CON

DON BALTASAR DE SALcedo, vezino de la dicha ciudad, y don Gomez Patiño, marido que dize ſer de doña Iacoba de Mercado, auſente en las Indias del Perù.

SOBRE

LA POSSESSION DE LOS BIENES del mayorazgo que fundò Chriſtoual de Salcedo Naruaez.

EN GRANADA, En caſa de Martin Fernandez Zambrano. Año de 1633.



1 LA REGLA y forma de ſuceder en los mayorazgos es la que dan ſus fundadores, graduando los llamados a la ſuceſsion, para que cada vno dellos ſuceda, guardãdo el lugar y grado con que ſe halla en la fundacion, l. hæredes mei, §. fin. ff. ad Trebellian. l. ſi filius, §. cúm filius, ff. de bon. libert. l. cùm pater, §. à te peto, ff. de legat. 2. ibi: *Non eſſe dandam electionem, ſed ordine ſcripturæ facta ſubſtitionem reſpondi*, l. pluribus, §. 1. ff. de condition. & demonſtrat. de donde dixo Iuan de Immola, in l. quandiu, la 3. num. 1. ff. de adquir. hæredit. *Quod vbi ſunt plures gradus in teſtamento dicitur eſſe ordo ſuccedendi inter eos, nõ enim ſuccedit poſterior, niſi excludatur prior gradus.* Y aſsi la obligacion de don Alonſo Zarçoſa, para el vencimiento deſte pleyto, es prouar, que la ſuceſsion del mayorazgo que aſsi inſtituyò Chriſtoual de Salcedo, hizo tranſito a la tercera linea, en que eſtá, ſin que lo impida la pretenſa prelacion de don Baltaſar, y doña Jacoba, porque en tres lineas graduó Chriſtoual de Salcedo los ſuceſſores. La primera es de don Fernando de Salcedo, ſu hijo adulterino, ſi bien habilitado para ſuceder por reſcripto real, de quien pretende ſer hijo aſsimiſmo eſpurio y adulterino el dicho don Baltaſar de Salcedo. La ſegunda ocupa Juan de Naruaez Salcedo, de quien don Gomez Patiño dize ſer hija legitima la dicha doña Jacoba: Y la tercera, Diego de Salcedo Torres, ſobrino del fundador, de quien es vizníeto legitimo don Alonſo Zarçoſa, en cuya legitimacion, y ſer el verdadero ſuceſſor que ſe hallô viuo en la tercera linea de los llamados a la ſuceſsion del dicho mayorazgo al tiempo que vacò por muerte del dicho don Fernando de Salcedo, ſu primero poſſeedor, no ſe duda por las partes en el pleyto: con que excluydos los intentos de don Baltaſar de Salcedo, y don Gomez Patiño, quedarà juſtificado el de don Alonſo, para que ſe confirme la ſentencia del inferior, que le mandò amparar en la poſſeſsion ciuil y natural, que como a inmediato y legitimo ſuceſſor ſe le transfiriò por miniſterio, l. 45. Tauri, luego que muriò don Fernando de Salcedo ſin hijos ni deſcendientes que le pudieſſen ſuceder, y que no ſe hallan hijos ni deſcendientes del dicho Juan de Naruaez que le puedan ſuceder en la ſuceſsion.

2 La claufula de la fundacion deſte mayorazgo, de que ſe vale

ſe vale don Baltaſar de Salcedo, pretendiendo, que en ella tiene llamamiento expreſſo, ſin embargo de ſer hijo eſpurio y adulterino de don Fernando. Dize aſsi: *Y por primero poſſeedor al dicho vinculo y mayorazgo llamo al dicho Fernando de Salcedo Naruaez mi hijo, para que durante los dias de ſu vida lo tenga, y poſſea, e lleue, e goze todos los frutos y rentos de los dichos bienes, los quales tenga como bienes de mayorazgo enagenables, ſugetos a reſtitucion para ſiempre jamas, porque declaro no tener otro heredero, deſcendiente, ni aſcendiente. Y lo miſmo, y de la miſma manera los han de tener y poſſeer ſus hijos legitimos, y deſcendientes, procreados de legitimo matrimonio: y a falta dellos lo han de auer ſus hijos, qualeſquier que ſean legitimos, o no legitimos, para que los ſuſodichos poſsean mis bienes, prefiriendo el mayor al menor, y el legitimo al no legitimo, y el natural al que no lo fuere; con tal que no ſea Clerigo, ni Frayle, ni Freyle, porque eſtos, ni ſus deſcendientes no han de ſuceder, &c.* Y aſsi para la excluſion de don Baltaſar ſe fundarán en eſta alegacion dos articulos. ¶ El primero, que no tiene prouado ſer tal hijo de don Fernando. ¶ El ſegundo, que aunque prouara eſta filiacion con la calidad de eſpurio, que pretende, no eſtá comprehendido en el llamamiento de los hijos no legitimos de don Fernando, ni puede valerſe del para ſuceder en eſte mayorazgo. Y para excluyr a don Gomez Patiño de ſu intento ſe formara tercer articulo.

ARTICVLO PRIMERO.

3 ¶ Siendo aſsi, que el entiuo de la pretenſion de don Baltaſar, para ſuceder en eſte mayorazgo, es ſer hijo de don Fernando, deue prouar ſu filiacion plena y concluyentemente, vt ex Angel. in l. liberorum, ff. de his qui not. infam. Jaſ. in l. neque profeſsio, C. de teſtam. nu.3. D. Couarr. in epithom. ſucceſsion. cap. 8. §. 3. num. 1. & alijs pluribus notat Maſcard. de probation. concluſ. 786. num. 1. Garcia, de nobilit. gloſſ. 20. á num. 24. Menoch. lib. 6. præſumpt. 53. num. 1. Y tratando de ſuceſsion en bienes feudales Rolando à Valle, conſ. 22. num. 3. volum. 3. ibi: *Sed in præſenti Dominus Fabius, non [illegible] obauit ſe talem filium eſſe, vt aſſeruit, ergo ad dictorum bonorum fœudalium poſſeſsionem admitti non poteſt.* Y aſsi lo obſeruó D. Caſtillo, controuerſ. lib. 5. cap. 104. num. 2. his verbis: *Prima itaque obſeruatio, ſiuè regula generalis, & doctrina ſit in hac ipſa materia filiationem, quid facti eſſe, & ob id non præſumi, ſed qui ſe filium aſſerit id probare debere, & qualitatem filiationis oſtendere, alioquim in iudicio ſuccumbere, ſiuè principaliter, ſiuè incidenter.* Reconociendo eſta obligacio[illegible] diz[illegible]

auer cumplido con ella, porque como prouar la filiacion ex parte patris, se tenga por impossible, l. Lutius, & ibi gloss. ff. de condition. & demonstration. se deue admitir su prueua por presunciones y conjeturas, l. filium diffinimus; ff. de his qui sunt sui, vel alien. iur. vbi Bart. & communiter DD. Menoch. de arbitr. lib. 2. centur. 1. cas. 89. & dict. præsumpt. 53. Alexand. Trentacinq. variar. lib. 1. resolut. 1. de filiation. nu. 1. & D. Castill. in dict. cap. 104. num. 2. Y que le assisten todas las que aprueua el derecho, y sus expositores, quales son, auerlo tratado, criado, y alimentado don Fernando como a su hijo, nombrandole con este nombre, y reconociendole por tal, y serle en el rostro y persona muy parecido, y ser esta publica voz y fama.

4 ¶ Y si bien destas conjeturas y presunciones se puede formar la prouança de filiacion, para que las que induze el trato y educacion aprouechen, es necessario que se prueue auer sido criado, tratado, y alimentado como hijo, sin otro respeto alguno que el amor de padre natural, vt ex Bald. in l. non ignorat. num. 3. C. qui accus. non pos. Jas. cons. 102. col. 3. lib. 4. Alexand. cons. 74. num. 2. lib. 2. Abb. in cap. ex transmissæ, qui fil. sint legitim. Ruyn. cons. 52. num. 4. lib. 5. Mascard. conclus. 789. num. 38. probat Stephan. Gratian. disceptat. forens. tom. 3. cap. 562. num. 1. porque todos estos actos pueden ser nacidos de piedad, a que se deuen atribuyr, y no a los afectos naturales de padre, quando por ellos se pretende prouar filiacion ilicita, para excluyr el delito que de lo contrario se supone, Alexand. dict. cons. 74. num. 3. his verbis: *Nã indubio semper fieri debet interpretatio in partẽ, per quã euitatur delictũ, & dubia probatio, debet ad illud adaptari, vt eleganter traditur per Bart. in l. non solum, §. sed vt probari, ff. de operis nou. nuntiat. & Bald. in l. precibus, in 7. colum. vers. Et scias, C. de impuber. & alijs substitution. & moderni, in cap. licèt causam, de probation. ad hoc, l. 2. cùm ibi notatis, C. de petit. hæredit. l. merito, ff. pro socio; sed si fiat interpretatio, quod illa non sit filia, D. Ioannis, nec tractata, vt vera filia est euitare delictum, & suspicionem damnati coitus: ergo, &c.* Et alijs adductis ipsemet Gratian. in dict. cap. 562. num. 3. *Cùm etiam per educationem, & tractatum, tùnc inducatur talis coniectura filiationis, quando essemus in iusta, & legitima filiatione, non autem in illicita, prout est casus noster ad excludendum delictum.*

5 ¶ Y no otro caso mas proprio se puede dar, en que la educacion y trato de hijo que don Baltasar pretende auer recebido de don Fernando, se ayan de aplicar a la piedad que el presente:

sente: porque la entrada que tuuo en casa del dicho don Fernando fue exposito a su puerta, de donde mouido de caridad Christiana, por no tener hijos de su matrimonio, lo acaricio, y lo lleuó a Bautizar, siendo en el Bautismo su padrino, que dō Baltasar no niega, y consta por la fee del Bautismo, cuya letra dize: *Miercoles treynta dias del mes de Enero de 1608. años, el Licenciado Juan de Terracas Montoro, Cura en la Iglesia del señor San Juan de la dicha villa, Bautizò a Baltasar, hijo de la tierra, echado a la puerta de la Iglesia, fueron padrinos don Fernando de Naruaez Salcedo, e doña Mariana de Godoy y Roxas su muger.* Contrayendo por este piadoso acto igual parentesco al que contraen por la generacion el padre y el hijo natural, cap. 1. de cognatio. spiritual. in 6. cap. de eo, cap. si quis filiastrum, 30. quæst. 1. cap. 2. sesion. 24. de matrimon. Sacri Concil. Trident. Alexand. de Neuo. in rubr. de cognatio. spiritual. num. 6. *Qualiter diuidatur ista cognatio spiritualis, Innocentius dicit, quòd diuiditur inter paternitatem, & filiationem: paternitas contrahitur inter leuantem, & leuatum filiatio verò econuerso inter leuantem, & leuatum*; & ex alijs Thom. Sanchez, de matrimon. lib. 7. disputat. 54. num. 9. & Basilius Ponce, lib. 7. cap. 37. num. 2. y quedando en obligacion de tratarse y amarse con respeto y amor de padre a hijo, y de hijo a padre, vt scribitur in cap. 1. in princip. 30. quæst. 3. *Ita diligere debet homo eum, qui ipsum de Sacro Fonte suscepit, sicut patrem*, & gloss. in cap sequenti, verbo, *multo magis*, inquit. *Patrem spiritualem esse magis diligendum, quam carnalem*; nam vt tradit gloss. in cap. qui dormiuit, 17. quæst. 2. *Affinitatem spiritualem maiorem esse, quam carnalem*; & ex pluribus notabiliter Tiraquell. in l. si vnquam, verbo, *susceperit liberos*, num. 27. Y de alimentar el padrino al que sacò de pila, como lo està el padre al hijo natural, Joann. Fab. in l. 1. C. de alend. liber. Bald. in authent. nisi rogati, num. 19. C. ad Trebellian. Franc. in cap. 2. de cogna. spiri. lib. 6. Ripp. in l. ex facto, §. si quis rogatus, num. 43. ff. ad Trebellian. & post alios Tiraquell. ibid. num. 31. Petr. Surd. de aliment. tom. 1. quæst. 11. num. 5. nam vt refert D. Gregor. Lopez, in procemio, tit. 7. part. 4. gloss. 1. *Ista cognatio est quædam animorum coniunctio mediante Deo, & sic nexus iste spiritualis potentior est temporali.*

6 ¶ De aqui se sigue, que por auer don Fernando criado, tratado, y alimentado a don Baltasar como a hijo, no se prueua que fuesse su hijo, engendrado por naturaleza, pues hallamos otra filiacion cierta, qual es la causada en el Bautismo, a que conuienen todos los afectos de padre. Y siendo assi, que

de los dichos actos no se induze otra prouança mas que la presuntiua de ser nacidos de amor de padre, por ser los que acostumbran los padres en el trato y criança de los hijos; por naturaleza esta presuncion la excluye el principio y origen cierto que tienen en la filiacion espiritual, cediendo lo presumpto a la verdad, l. nuptura filio, ff. de iur. dot. l. fin. ff. quod mort. caus. l. cúm de indebito, ff. de probation. l. in rebus, C. de iur. dot. August. Barb. axiom. iur. 186. num. 1.

7 ¶ Y de auer sido don Fernando, y doña Mariana de Roxas su muger, padrinos de don Baltasar en su Bautismo, nace otra presuncion mas juridica y fuerte, para que se juzgue y entienda no ser su hijo, y que auerle tratado como a tal fue por el parentesco espiritual, contraydo en la regeneracion del Bautismo, qual es excluyr el delito del concubinato en su concepcion, y la grauedad del incesto, continuando el trato cō la madre; y la culpa mortal en permitir, que la dicha doña Mariana, siendo su muger, fuesse madrina de su proprio hijo, priuandose del vso libre del matrimonio, por la cognaciō espiritual que en el Bautismo contraia con la susodicha; pues a ser padre del Bautizado, quedaua compadre de la madrina, stante decis. Sacri Concilij Trident. in cap. 2. sess. 24. de matrim. & ex multis obseruat Pater Thomas Sanchez, de matrim. lib. 7. disput. 54. á num. 9. y assi impedido quoad vsum matrimonij, nam licèt per hanc cognationem supervenientem, non disoluatur matrimonium, ex text. in cap. si vir, de cognat. spiritu. peccat tamen coniux patrinus, & priuatur iure petendi debitum, vt ex pluribus probat ipsemet Thom. Sanchez, lib. 9 disput. 26. n. 5. & Gutierr. de matrim. cap. 100. num. 5. Con que todas las cariñas y afectos de padre en don Fernando, para con don Baltasar, de precisa necessidad se ha de entender, y presumir, ser nacidos de la paternidad espiritual, sin consentir en ella culpa alguna, pues de los actos humanos, quando se pueden induzir diuersas presunciones, siempre preualece aquella, quæ excludit delictum, & vincit delicti inclusiuam, Bart. in l. non solum, §. sed probari, ff. de noui oper. nuntiat. Grammat. decis. 18. nu. 5. Menoch. de præsumption. lib. 6. præsumpt. 54. num. 23. his verbis: *Cùm ex aliquo actu duæ possunt capi coniecturæ quarum vna delictum significat altera excludit elligenda est ea potius, quæ vitio, & crimine caret*; sequitur Mascard. de probation. conclus. conclusion. 864. num. 30. & Farinac. in prax. quæst. 31. num. 22. & cons. 61. num. 12.

8 ¶ Item, las conjeturas y presunciones que de la educacion,

cion, trato, y nombramiento de hijo pretende induzir don Baltasar, para constituyrse en quasi possession de hijo natural de don Fernando, no le pueden aprouechar, porque resiste a su intento el principio cierto de hijo espiritual, con que mereciô que la piedad y Christiandad de don Fernando le comunicasse estos fauores: porque los efetos destas presunciones cessan quando el trato y educacion nacio ex causa pietatis, vt ex multis obseruat D. Castillo, dict. cap. 104. num. 8. in illis verbis: *Vèl causa pietatis tractatus fieret.* Y la razon la trae Menochio de arbitr. lib. 2. centur. 1. cas. 89. num. 76. *Quia alimenta, quæ in alteram causam filiationis præstari potuerunt, non asserunt concludentem probationem, iuxta regulam, cap. in præsentia, de probation. l. non hoc, C. vnde cogna.* & D. Lara de Cordub. in l. si quis à liberis, §. si vèl parens, num. 36. *Præstatio alimentorum, quia pietatis causa, sæpè fit non probat eum filium esse*; quos sequitur post alios Alexand. Trentacinq. variar. lib. 1. resolut. 1. de filiatio. num. 5. sin que don Baltasar tenga prouado en su generacion y nacimiẽto cosa alguna que vença lo que assi supone la piedad de don Fernãdo: porque si bien algunos de sus testigos dizen, que estando don Fernando en Coin tuuo amistad con doña Melchora de Vargas, y que desta comunicacion engendrò y pariô a dõ Baltasar, ninguno de todos ellos depone del preñado, ni nacimiẽto, a que era necessario assistiessen, para que le prouaran, cùm certitudo filiationis ex parte matris, debeat probari per probationem necessario concludentem, l. 1. §. de inspiciendo, ff. de ventre inspic. l. quia, ff. de in ius vocand. Gulielm. Bened. in cap. Raynutius, verbo, *quæ filium ex eo suscipiens*, num. 15. ibi: *Sed in matre, quæ certa semper est, non est vagandum per coniecturas*; & post Beroy. quæst. 90. num. 4. & Bald. in cap. per tuas, de probation. notat Mascard. conclus. 787. num. 2.

9 ¶ Y aunque la dicha doña Melchora despues de muerto don Fernando ha declarado en este pleyto ser su hijo el susodicho, y auerlo engendrado del dicho don Fernando, a esta confession no se le deue dar fee ni credito, ni della se pudiera valer don Baltasar, quando tuuiera prouado auer nacido de la susodicha, Bald. cons. 437. num. 8. lib. 5. Deci. in cap. per tuas, de probation. Paleot. de not. & spur. cap. 26. & alijs adductis Farinac. decis. 289. num. 2. tom. 1. nouissim. porque el ser de hijo prouenit à natura; y assi en su prueua no basta confessarse madre la que no consta lo pario; ni esta confession puede prejudicar al que no consta lo engendró; vt ex gloss. in cap. transmissæ, & in cap. per tuas, de probation. & gloss. & Bald. in l.

non

non Epiſtolis, C. de probation. & alijs pluribus notat Maſcard. concluſ. 790. num. 3. y 7. como no pudiera prejudicar la confeſsion de don Fernando a ſus herederos abinteſtato, y verdaderos ſuceſſores deſte mayorazgo, Nat. conſ. 473. lib. 2. nu. 24. in fin. his verbis: *Sed vbi agitur de hæreditate, etiam quod pater ſolus nominauerit aliquam in filium legitimum, non facit præiudicium venientibus abinteſtato.*

10 ¶ Rurſus, quando don Baltaſar tuuiera prouado auer nacido de la dicha doña Melchora, para que ſe juzgaſſe auer ſido engendrado por don Fernando, neceſsitaua prouar, que en el tiempo de ſu concepcion, y nacimiento, tenia don Fernando a la ſuſodicha en ſu caſa con recogimiento, y que no la trataua ni comunicaua otro hombre, gloſſ. in cap. Michael. de fil. Præsbyter. verbo, *conſtiterit*, ibi: *Reſpondeò, ſi natus fuit ex illa, quam tenebat ſecum publice in domo pro concubina*; & cùm pluribus Gratian. diſceptat. forenſ. dict. cap. 562. num. 59. *Coniecturæ autem erunt releuantes, ſi probaretur retentio matris domi ad ſuum panem, & vinum, ex qua poſtea ſit natus filius, cùm ex hac retẽtione præſumatur, quòd ſit illius, qui eam retinebat.* Porque no teniendola en ſu caſa, por ſolo auerla tratado y comunicado, que es lo que alega y articula don Baltaſar, no ſe prueua, ni preſume la filiacion, Maſcard. concluſ. 788. num. 29. *Illud tamen limitatur, quãdo ille talis non in domo propria retineret mulierem, ſed extra, quia licèt ad illam haberet acceſſum, & ad ipſius libitum ſtaret, non præſumeretur tamen filium eſſe ſuum*; & Ioann. Baptiſt. Lup. de illegitim. & natural. comment. 2. §. 3. num. 13. *Declaratur tamen dummodo probetur habitum fuiſſe concubitum, cùm muliere domi retenta, alioquim ceſſaret præſumptio.*

11 ¶ A que no obſta la l. 11. Taur. por cuya deciſion no es neceſſario para prouar la filiacion del hijo, que ſea nacido ex concubina domi retenta, porque eſto procede quando el padre lo reconoce por ſu hijo, vt probat Anton. Gomez in dict. l. 11. num. 1. ibi: *Ex quo notabiliter infero in practica, quòd ſi quis habuit concubinam extra domum, ad quam dicitur habuiſſe acceſſum, ex qua nati ſunt filij, quòd ſi pater non recognoſcat eos in filios, non debent iudicari eius filij, quoad ſucceſsionem, nec alimenta, nec quoad alia*; idẽ obſeruant D. Præſes Couarr. de ſponſal. cap. 8. §. 4. num. 7. Auend. in dictionar. verbo, *hijo natural*, & Matienç. in l. 9. tit. 8. gloſſ. 4. num. 1. Porque faltando el reconocimiento, es neceſſario y preciſo que ſe prueue la honeſtidad de la muger, y que no otro alguno la tratò, ſino aquel a quien dà por padre de ſu parto. Y la razon es, porque tiene la preſuncion contra ſi, de

que

que perdiendo la honestidad con vno, la perderà con otros muchos, vencida de su libertad y apetito, ipsemet Gratian. d. cap.562. num.60. & Paleot. d. cap. 26. ibi: *Sed hoc sanè manifestissimis esse rationibus demonstrandum, cùm indubio Doctores affirment maximam esse pro huiusmodi mulierum libidine, & continentia suspicionem, videaturque hæc rara auis, quæ vnius tantum viri, consuetudine contenta sit, quòd & ego in his, quæ pudorem suum iam ceperint abijcere maximè probo.*

12 ¶ Ni puede valerse don Baltasar de la escritura de reconocimiento de hijo, que pretende auer otorgado en su fauor don Fernando el dia veynte y nueue de Março de 631. ante Pedro de Truxillo escriuano: porque este instrumento està conuencido de la falsedad de que don Alonso Zarçosa le tiene acusado: porque auiẽdo examinado don Baltasar los testigos instrumentales para su comprouacion, afirman, que auiẽdo ydo con el escriuano, a que el dicho don Fernando reconociesse vna cedula de arrendamiento de vnas casas que auia otorgado en fauor de Gines Muñoz: despues de reconocida les pidio, que no se fuessen, que queria hazer reconocimiento de hijo en fauor de don Baltasar, y que assi lo escriuio el escriuano, y el susodicho lo otorgô, hallandose presentes por testigos, como lo auian sido al reconocimiento de la cedula; el qual parece auerse otorgado el dia treynta y vno del dicho mes de Março. Y estando esta escritura firmada del dicho don Fernando, la del dicho reconocimiento dize: *Que a su ruego lo firmò vn testigo, porque dixo tenia impedimento en la mano.* Con que vna de las dos escrituras por necessaria consequencia ha de ser falsa, pues los testigos afirman, que se otorgaron la vna continua a la otra en vn mismo dia, siendo assi que las fechas son diuersas, y la vna se halla firmada, y la otra no, & stante diuersitate, seù contrarietate scripturarum falsitas præsumitur, & per vnam derogatur fidei alterius, & neutri creditur, gloss. in cap. in memoriã, verbo, *falsam*, 19. distinct. & post multos Mascard. conclus. 240. num.41. Menoch. de præsumpt. lib. præsumpt. 10. num. 24. & de arbitr. lib. 2. cas. 187. num. 43. Farinac. de falsitat. quæst. 153. part. 7. num. 121. Y porque no es verosimil, ni creyble, que auiendo firmado la primera escritura, siendo de tan poca importancia, no auia de firmar la segũda, a ser cierto auerla otorgado, tratandose en ella de cosa de tanta estima, qual era el reconocimiento de hijo, y declararle por heredero y sucessor en sus bienes libres, y vinculados, lo qual basta para que se juzgue y tenga por falsa, quia in vero similitudo semper imaginem

falsitatis præ se fert, Bald. in l. i. colum. 3. C. de seruis fugitiu. Gramm. decis. 28. Crauet. cons. 61. num. 9. Tiraquell. in l. si vnquam, num. 40. C. de reuocand. donat. Mascard. conclus. 740. num. 35. & ipsemet Farinac. dict. quæst. 153. part. ii. num. 176. & ideó, neque credendum, neque dicendum, imò nec attendi debet, l. fin. ff. quod met. caus. c. quia verisimile, de præsumpt. & ex pluribus refert August. Barb. axiom. iur. 223. á num. 5. vsque ad finem.

13 ¶ La inverosimilitud y falsedad desta escritura se persuade, de que auiendo don Fernando otorgado el testamento, con cuya disposicion murio vn año antes, ante Pedro Gutierrez Aluarez, aunque en el nombra a don Baltasar, substituyẽdole en la sucesion de sus bienes a doña Mariana de Roxas su muger, a quien instituye por heredera, no le llama hijo, de que se infiere presuncion cierta y euidente de que no lo era, y que solo el amor de auerle criado como padre espiritual lo induxo a que le dexasse sus bienes despues de la dicha su muger; pues no es creyble que a ser su hijo auia de preferir en la sucesion a la muger, cùm nullus affectus vincat paternum, l. fin. C. de curat. furios. l. nám, & si parentibus, ff. de inoffic. testament. §. fin. Instit. de noxal. & magis præsumatur pater diligere filium, quam se ipsum, l. isti quidem, ff. quod met. caus. l. contra pietatem, C. de testam. manum. & obseruant Mantic. de coniectur. lib. 4. tit. 12. num. 41. & Philipp. Pascal. de virib. patriæ potestat. part. 3. cap. 1. num. 1. Y que proueyendole de hazienda no le auia de dar honra confessandolo por su hijo; siendo asi que el padre nunca menosprecia ni oluida aquello que puede ser mas vtil al hijo, text. in l. nec in ea, 22. ff. ad leg. Juliam, de adult. ibi: *Plerumque pietas paterni nominis consilium pro liberis capit*, & notat Mantic. de coniectur. lib. 6. tit. 11. num. 3.

14 ¶ Quôd fulcitur de la prouança que tiene hecha don Alonso, en que testifican el Licenciado Juan Bautista Gutierrez, Abogado, que a instancia y ruego de don Fernando ordenô el dicho testamento, que estandolo ordenando, y presente la dicha doña Mariana de Roxas, tratando de la sucesion del mayorazgo, y si auia de suceder en el el dicho don Baltasar, dixo: *Que aquella disposicion y testamento que ordenaua, era para parecer en el Tribunal de Jesu Christo nuestro Redentor, y que asi el dicho don Baltasar no auia de suceder en el, sino que sucediessen los legitimos llamados por Christoual de Naruaez su padre, porque el dicho don Baltasar no era su hijo.* Y lo mismo afirma Fray Miguel de Montemayor su Confessor, que comunicandole la disposicion del dicho

cho testamento, en su presencia dixo al dicho don Baltasar: *Que no tenia que quexarse del, que bien sabia no era su hijo, y que assi no se espantasse que no le llamasse a la sucession del mayorazgo que fundò el dicho Christoual de Naruaez Salcedo Hurtado, porque biē sabia que auia tres herederos y sucessores a su llamamiento y sucession, que todo lo que pudiesse haria por fauorecer al dicho don Baltasar, y que lo dexaria de forma que no se muriesse de hābre, porque le tenia mucho amor, por auerlo criado, que harto sentia el no poderlo fauorecer, y llamar a la sucession del dicho mayorazgo.* A cuyas deposiciones se les deue entera fee y credito, por ser conformes al primer estado que tuuo dō Baltasar en casa de don Fernando, por la exposicion a la puerta de la Iglesia, y ajustadas a lo verosimil y creyble del caso; pues no conuiene al ser de hijo auer consentido don Fernando, siendo hombre rico, y principal, que assi fuesse expuesto, faltando a toda obligacion de piedad y humanidad de padre. *Verguença, o crueleza, o maldad* (dize la l. 4. tit. 2. part. 4.) *mueue a las vegadas al padre, o a la madre, en desamparar los hijos pequeños, echādolos a las puertas de las Iglesias.* Y Menoch. de arbitr. lib. 2. cas. 396. cent. 4. num. 1. *Parentum magna est impietas, dum à se progenitos partus, vèl exponunt, vèl abijciunt, siquidem aduersus ipsum naturæ institutū agūt, cū brutis hoc inesse videamus, vt quanquā feræ sint non tamē prolē suam negligere.* Con que queda conocido, que todo quanto deponen los testigos de don Baltasar, de que don Fernando lo trataua como a hijo, no era porque lo huuiesse engendrado, sino por el amor de auerlo criado, y sido su padrino en el Bautismo, el qual amor y trato en los hombres que no tienen hijos propios es muy ordinario: assi lo notò el proemio d. tit. 20. part. 4. his verbis: *Criança es cosa porque ganan los omes amor, e deudo, por natura, y por costumbre, con aquellos con quien se crian, assi como con padres.* Et ibi gloss. *Et sic vult text. hic nutritores esse loco parentum;* per text. in l. si quis alumnam, C. de incest. nupti. ibi: *Vt ab ea quam abinitio loco filiæ habuit;* & à communiter contingentibus validissimum est argumentum in materia probationum, l. eū qui probabilem, C. de Episcop. & Cleric. cap. 1. de Clerici, non residentib. Bald. in cap. fin. de caus. posses. & propriet. Farin. decis. 341. num. 3. tom. 2. nouissimar. August. Barbos. loc. cōmun. argument. loco. 20. num. 4.

15 ¶ Item, de auer en su vida don Fernando apellidado hijo a don Baltasar, no acredita ni esfuerça su intento: porque si bien vna de las conjeturas de que se puede componer la prouança de la filiacion, es, per nominationem, como non proueniat ab ea filiatio, sed ab ipsa natura, vt sensit Bald. in l. non

nudis,

nudis, C. de probation. quem sequutus est Menoch. de arbitr. lib. 2. centur. 1. cas. 89. num. 77. Para que la nominacion aproueche es necessario que concurran con ella otros actos, que no conuengan a otro que a hijo natural, vt notant Paleot. de not. & spur. cap. 23. num. 1. Menoch. dict. cas. 89. à num. 77. vsque ad 86. & dict. præsumption. 53. lib. 6. à num. 34. Mascard. conclus. 790. per totam, D. Castill. dict. cap. 104. num. 12. Y todos los actos que alega en su fauor don Baltasar, tienen otro principio y origen a que corresponden, qual es la criança de hijo espiritual, y expòsito, a que conuienen todos ellos; y assi la fama que pretende ha corrido en Antequera de que era hijo de don Fernando, no teniendo otra causa de donde le pudiessen dar principio sus Autores, que el dicho trato y criança, quanto huuiere publicado, que no conuenga a la piedad Christiàna, ha sido vana vox populli, nacida de los engaños a que estàn sugetos los hombres, en juzgar por los actos exteriores, contra la verdad que los origina: y de aqui Seneca, Epist. 67. inquit: *In illis nihil inuenies veri, nihil certi quæcumque famæ placent*; & iura nostra vanas populli vocis exaudiendas minime statuerunt, vt in l. decurionum filij, C. de pœnis, l. si constat, de appellation. cap. 2. & ibi DD. de election. Bart. in l. de minore, §. plurimũ, num. 18. ff. de quæstio. Felin. in cap. veniens, num. 17. de testib. & post alios plures Farinac. in prax. quæst. 47. num. 8. y 153.

16 ¶ Y quando esta voz pudiera obrar los efetos que suele la fama, quedaua destruyda por la presuncion contraria, que induzen tantos actos, agenos de padre natural, como son los hechos por don Fernando en el Bautismo, y criança de don Baltasar, y disposicion de su testamento: quia præsumptiones oppositæ se inuicem confundunt, cùm nulla vitoria sit á pari, l. non solum, §. de vno, ff. de rit. nuptiar. l. generaliter, ff. de fideiussor. l. sed, & milites, ff. de excusation. tutor. Nat. cons. 473. num. 27. & in specie notat Mascard. de probationib. conclus. 791. num. 14. his verbis: *Secundo tibi limitanda est, vt ius communis opinionis, & famæ, cesset quando contra extaret aliqua præcipua, & singularis præsumptio.* Y mas siendo tan verosimil todo lo que assiste por esta presuncion, de auer sido criado y alimẽtado por hijo expòsito, y tan inverosimil, q̃ lo q̃ tuuo este principio cierto, aya por presunciones vanas mudar su verdad. *Nã verosimilitudo* (vt inquit Bald. in l. scripturæ, C. de fid. instrum.) *est tanti ponderis, quòd arguens à verosimili dicitur arguere à ratione naturali, & allegare textum legis, quia verosimilitudo pro lege habetur, & quod non est verosimile, neque considerabile, quia habet imaginem falsitatis.*

17 ¶ De

17 ¶ Deaqui nace satisfacion a la vltima cōjetura, en que esfuerça su intento don Baltasar de ser parecido en el rostro y acciones a don Fernando: porque la similitud no prouiene de otra causa que la imaginacion de la madre tempore conceptionis, y assi no induze filiacion, gloss. in l. quæret aliquis, 135. ff. de verbor. significat. & in l. non sunt liberi, ff. de statu homin. Tiraquell. l. 7. connub. nu. 37. Neuiçan. lib. 2. sylu. nuptial. num. 92. Mascard. conclus. 792. â num. 1. Petra, de fideicōmis. quæst. 11. num. 458. Aluar. Velasc. consult. 176. num. 14. Gratian. disceptat. forens. tom. 3. cap. 567. â num. 29. & D. Castill. dict. cap. 104. num. 16. Y don Alonso tiene prouado con mucho mayor numero de testigos, mayores de toda excepcion, y libres de toda sospecha, lo contrario: y para que la presuncion de la similitud se admitiesse en este caso, era necessario que no se dudasse en ella, cùm præsumptio sit argumentum ad credendum vnum factum surgens ex probatione alterius, vt notat Mascard. de probationib. quæst. 10. num. 11. quem sequitur Farinac. in prax. quæst. 36. num. 82.

18 ¶ Estas conjeturas y presunciones de la educaciō, trato, nominacion, y fama, quando no tuuieran el origen y principio de la exposicion a la puerta de la Iglesia, y paternidad cōtrayda en el Bautismo, no fueran bastantes para que don Baltasar obtuuiesse en este juyzio la possessiō de los bienes, en que pretende auer sucedido como hijo procreado del dicho don Fernando, Bald. cons. 180. num. 3. lib. 3. Jas cons. 106. lib. 1. Alciat. præsumpt. 38. num. 8. regul. 3. Stephan. Gratian. dict. tom. 3. cap. 562. num. 76. Petr. Surd. cons. 1. num. 69. Philipp. Paschal. de virib. patr. potest. part. 2. cap. 2. num. 27. in illis verbis: *Quando quis tanquam filius in iudicio ordinario, agit ad alicuius hæreditatem vendicandam certum est, quòd audito possessore opus est, quòd filiationis qualitatem, quæ est suæ intentionis fundamentum plenè probet, aliàs enim succumberet, vt pulchrè inquit gloss. notabil. in l. 1. C. quor. bonor. quam conclusionem veram, & communem esse testatur Mascard. in conclus. 786. num. 1. Bursat. in cons. 88. num. 5. volum. 1. Ruyn. in cons. 52. num. 3. volum. 1. Socin. iun. in cons. 86. num. 34. vol. 2. Joseph. Ludouis. in decis. Perus. 15. num. 13. Decian. in cons. 1. num. 5. volum. 3. & Joann. Bapt. Assin. in dict. prax. iudicial. de modo proband. filiat. § 1. cap. 2. & melius in cap. 87. & in cap. seq. per totum; qui dicunt hanc conclusionem procedere, etiam si filius sit in quasi possessione filiationis, si filiatio negetur, & de ea contingat principaliter dubitari;* quam sequitur Fontan. de pact. nuptial. claus. 6. gloss. 2. part. 4. num. 5. & sic fuisse decissum per Sacram Rotam, testa-

tur Farinac. deciſ. 289. à num. 1. tom. 1. nouiſsimar.

19 ¶ A que no ſon contrarios los Doctores que quieren baſte prouar la filiacion ex coniecturis tractatus, & educationis: porque todos ellos hablã reſpeto del padre, o de la madre, o de aquellos que le trataron y nombraron hijo, ſin que prejudique a los herederos abinteſtato, que no conſintieron en el trato y apelacion de hijo, Nat. conſ. 473. num. 24. ibi: *Illa procedunt in præiudicium confitentis puta ſi agatur per filium de alimẽtis, quia nominatio patris, ipſi patri præiudicaret, & ita in his terminis procedit, quod dicit Bald. in dict. §. idem, per contrarium; ſed vbi agitur de hæreditate, etiam, quòd pater ſolus nominauerit aliquem in filium, non facit præiudicium venientibus abinteſtato*; & poſt Jaſ. Tiraq. Rebuff. Maſcard. Menoch. Petra, & alios ipſemet Stephan. Gratian. in dict. cap. 562. num. 78. his verbis: *Tamen intelligitur contra patrem, matrem, & alios, qui tractarunt, & nominarunt, & tali tractationi, & nominationi conſenſerunt; ſecus in præiudicium aliorum venientium abinteſtato, qui non conſenſerunt*; & alijs pluribus adductis Alexand. Trentacinq. dict. reſolut. 1. de filiat. num. 7. verſ. *Secunda eſt opinio.*

20 ¶ Item, la quaſi poſſeſsion de hijo, en que pueden cõſtituyr las dichas preſunciones y conjeturas, para que en el juyzio petitorio transferat onus probandi contrarium in aduerſarium, ſolo tendrà lugar quando a eſta quaſi poſſeſsion no repugna el origen y primer eſtado que tuuo, el que por ellas pretende prouar ſu filiacion, vt ex Alberic. in l. non ignorat, C. qui accuſ. non poſ. Bart. num. 18. & Jaſ. num. 44. in l. ſi prius, ff. de noui oper. nuntiat. Carol. Ruyn. conſ. 123. volum. 5. num. 21. Alciat. præſumpt. 26. notat ipſemet Alexand. Trentacinq. in dict. num. 7. verſ. *Secundo mouen tur*: porque ſeria conceder dos eſpecialidades a eſta preſuncion: la vna, que deſtruia la verdad del primer eſtado que la reſiſte: y la otra, que eſcuſe de otra prueua al que ſe vale della; ſiendo aſsi, que duo ſpecialia, non poſſunt concurrere in eodem ſubiecto, l. cũm poſt, §. gener. ff. de iure doti. l. 1. C. de dotis promiſsio. c. ſingula, 89. diſtinct. Auguſt. Barboſ. axiom. iuris 211. num. 1. Con que don Baltaſar eſtà excluydo deſte juyzio, pues la quaſi poſſeſsion de hijo, que pretende prouar, ex præſumptionibus, & coniecturis relatis repugna; y es contraria al principio y origen que tuuo el amor y trato de padre en don Fernando.

ARTICVLO SEGVNDO.

21 ¶ Quando ſe concediera, ex ſupradictis, que don Baltaſar

aya

aya prouado ser hijo de don Fernando, con la nota de espurio y adulterino, adhùc, no puede suceder en el mayorazgo que assi fundô Christoual de Naruaez Salcedo, en fauor del dicho don Fernando, y de sus hijos legitimos, y no legitimos: porque don Fernando fue assimismo hijo espurio y adulterino del dicho Christoual de Naruaez, si bien es pretension que tuuo dispensacion real para poder suceder en sus bienes: y assi como el hijo espurio, lege ciuili Pontificia, ac Diuina, non potest capere aliquid ex testamento patris, neque abintestato, neque ex contractu inter viuos, etiam deficiente legitima prole, text. in authent. licèt, C. de naturali liber. desumpta, ex §. si vero filios, & §. fin. authent. quib. mod. natural. efficiun. sui, authēt. ex complexu, C. de incest. nupt. l. fin. tit. 14. part. 4. l. 10. tit. 13. part. 6. quòd idem statuit lex Pontificia, in cap. non omnis, 32. quæst. 2. cap. dicat aliquis, 32. quæst. 4. cap. quid est, 35. quæst. 7. & ius Diuinum Geneseos, cap. 21. vbi Deus omnipotens dixit Abrahæ: *Eijce ancillam, & filium eius, quia non erit hæres filius ancillæ*; & confirmat Diuus Paul. ad Galat. cap. 4. & affirmant passim nostri interpretes, quorū in numero plures refert Menoch. cons. 511. num. 5. Cæs. Barc. decis. Bononiens. 2. num. 5. & Alexand. Trentacinq. variar. lib. 1. resolut. 1. de nothis & spur. num. 1. eodem modo, el nieto espurio, nacido del hijo espurio, està excluydo de poder suceder al abuelo, quia exclusa vna persona, vêl succedere prohibita sunt exclusi omnes ab ea descendentes, l. si viua matre, C. de bon. matern. l. illam, C. de collationib. vbi Bald. Deci. cons. 85. num. 9. Crauet. cons. 183. num. 2. Mier. de maiorat. part. 2. quæst. 2. num. 82. D. Castill. lib. 5. controuers. cap. 103. num. 14. & probat Roderic. Suarez in l. 1. tit. 6. de todo ome, lib. 3. fori, num. 19. circa finem, his verbis: *Maximè, quia vbi nepos est spurius natus ex filio spurio fœditas complexus in filio causata, non est purgata in nepote: imò continuata, & vere tùnc videtur institutus natus ex cōplexu reprobato, & cuiuscumque personam inspicimus, siuè filij, seù nepotis fœditatē invenimus, & vitium, & causa impediens cohæret testatori, qui prohibetur perpetuo odio, & perpetua fœditate damnati coitus quo ad se, quæ fœditas nō purgatur natiuitate nepotis, & sic nepos iste quoad auum, procedit ex damnato complexu, & extremum sapit naturam medij, per quod pervenitur ad ipsum causaliter, & effectiuè: & procedere dicitur ab aliquo, non solum filius, sed nepos, & reliqui descendentes: ergo, cùm hoc verbum, procedere, sit indifinitum benè potest ad nepotem porrigi, & per hæc fundamenta, Bald. in l. Gallus, §. quidam rectè, in 4. col. in vers. Vlterius, extra gloss. tenet apperte contra Immol. & Alexand. licèt per*

eos

eos non allegetur, quòd nepos ſpurius ex filio ſpurio, non poſſet inſtitui ab auo, & quia ſecundum eum vitium, quòd eſt in radice naturali, tranſit ad poſteros, vt patet in Adam, & probatur in l. diui fratres, de iur. patronat.

22 ¶ A que no obſta la l.fin.C.de natural.liber.por la qual ſe mouieron muchos a defender, que el nieto eſpurio puede ſuceder al abuelo paterno: porque ſi verba legis, cùm iudicio perpendantur minime poſſunt adaptari ſucceſsioni nepotis ſpurij ex filio ſpurio procreati, vt patet, ibi: *Volebat enim tali naturali nepoti ex ſuo legitimo filio, iam defuncto progenito totam ſuam ſubſtantiam relinquere.* Et infra: *Quid enim ſi ex naturali filio nepotem habeat auus legitimum patri ſuo, vel naturalem.* Las quales ſolo cõuienen al nieto natural, nacido de hijo legitimo, o al nieto legitimo nacido de hijo natural, a quien el derecho no excluyò de poder ſuceder al padre, ſino es en caſo que tuuieſſe ſuceſsiõ legitima; y aſsi lo que diſpuſo eſta ley ſolo fue, que como era prohibido al padre dexar ſus bienes al hijo natural extante legitima ſobole, de la miſma manera no los pudieſſe dexar a los nietos, vt patet, ibi: *Ea enim ſubſiſtente* (videlicèt, legitima ſobole) *veterùm conſtitutionum tenorem in naturalibus filijs ſtatutum, & in nepotes extendimus*; & appellatione filij naturalis, non cõprehenditur non natus ex vtroque parente ſoluto, qui poterãt tempore conceptionis matrimonium contrahere, l.penult.& fin. ff.de concubin. l.ſi quis officium, ff. de ritu nuptiar. l.2. tit. 14. part.4. gloſſ.in cap. per venerabilem, qui fil. ſint legitim.& pluribus, quos refert. Auguſt Barboſ. de appellatio. verbor. vtriuſque iur. ſignificat. appellat.157. num.1. ſic reſpondit Specul. de ſucceſ.abinteſtat. num.26.his verbis: *Nec obſtat, C.de nat. liber. l.fin. quia ibi loquitur in naturalibus ex concubina natis, ſed hic loquimur de ſpurijs.*

23 ¶ Y ſi bien por la deciſion deſta ley ſe controuierte, ſi el abuelo puede inſtituyr y llamar en la ſuceſsion de ſus bienes al nieto legitimo, o natural, nacido de ſu hijo eſpurio; todos los Doctores de vna y otra opinion convienen, que no valdrá la inſtitucion ſi conſtaſſe auerla hecho por contemplaciõ del hijo, vt eſt videre apud Roderic. Suar. in dict.l.1. tit. de todo ome, ibi: *Aut conſtat, quòd contemplatione filij ſpurij, eum inſtituit, & tùnc non valet.* D.Couarr.in epithom.ſucceſsion.part.2.c.8. num.13. ibi: *Secundo ex his conſtat præfatam inſtitutionem, etiam deficiente prole legitima, non valere ſi conſtet patris gratia nepotem inſtitutum fuiſſe*; quem ſequitur Matienç. in dict. l.6. tit.8. gloſſ.8. num.22. & Joann.Bapt. Lup. de illegitim. & natural. com-

ment.1.

ment.1. §.5. num.158. *Vnde secus est vbi avus reliquit, aut donauit tali nepoti contemplatione patris sui spurij, quia tùnc non valeret dispositio quomodocumque appareat expresse, vel tacitè de hac contemplatione*; & post alios Menoch. cons. 51. num. 9. lib. 6. & de præsumpt. lib.4. præsumpt. 96. num.19. Peregrin. de iur. fisc. lib.3. tit.18. num. 48. optimè D. Hieronym. de Leon, decis. 69. nu. 6. lib. 1. Alexand. Trentacinq. lib. 1. variar. resolut. 2. de noth. & spur. num.21. Y que el llamamiento de que se pretende valer don Baltasar fuesse hecho en contemplacion de don Fernãdo, y no por otro respeto alguno, es notorio, y claro, pues en la substitucion que haze Christoual de Salcedo a sus nietos legitimos, o no legitimos del dicho don Fernando, no pudo mouerla otra causa sino el amor que tenia al susodicho: porque al tiempo de la fundacion del mayorazgo ni era nacido don Baltasar, ni tenia hijos don Fernando, que por si proprios huuiessen merecido la gracia y amor de Christoual de Salcedo, para que los llamasse a la sucesion de sus bienes, notabiliter Petr. Surd. cons. 177. lib.2. num.19. his verbis: *Accedat, quòd in præsenti casu res videtur magis clara, quando quidem avus donauit primogenito nascituro ex ipsa Angela, proinde videtur hanc donationem fecisse cõtemplatione Angelæ filiæ, quia cùm nepos non esset testatori, neque esse posset cognitus, ex quo nondum natus, neque potuerit pro mereri, aut demereri, non potest dici, quòd testator aliquam erga eum affectionem habuerit, nisi intuitu Angelæ matris, quæ erat sibi cognita, & coniuncta, ita in simili probatur in l. si quis in suo, in fin. C. de inofficios. testam. & affectio non cadit in ignotos, argum. l. cùm ita, §. in fideicommisso, l. peto, §. fratre, ff. de legat. 2. l. si cognatis, ff. de reb. dub. & invisa quidem possumus diligere, sed incognita nequaquam, vt dicebat quidam Sãctus. Clarum est autem, quòd nepoti legitimo ex filio spurio, seu naturali relinquere non potest avus contemplatione filij, &c.* Et infra num. 43. *Donatio facta fuit nascituro nepoti, in quo neque merita, neque demerita considerari possunt, & qui cùm non esset in rerum natura, & consequenter esset auo incognitus, non censetur etiam dilectus, & in terminis in nepote nascituro, ita concludunt Beroi. famil. quæst. 123. per totã, vbi dicit contrariam Bart. & aliorum sententiam locum vendicare in nepote iam nato, qui in dubio propria contemplatione fuisse institutus præsumitur, at in nascituro, inquit rem non dubiam, sed claram, quòd censetur institutus contemplatione parentis*; & post Ludouic. Sard. in tractat. de naturalib. lib. §. de succesione spuriorum, num. 9. idem affirmat Menoch. cons. 511. num. 12. & sic fuisse decisum in Senatu Valentiæ, testatur D. Hieronym. de Leon, dict. decis. 69. num. 8. ibi: *Et quando instituuntur nepotes nascituri clara*

 est con-

est coniectura institutionem factam fuisse contemplatione filiæ spuriæ, vt in terminis tradit Socinus iun. consil. 16. num. 56. lib. 4. cùm in dictis nepotibus nulla præcesserunt merita, quibus avus poterit moueri ad eorũ institutionem.

24 ¶ Ni puede valerse don Baltasar de lo que dize Azeuedo in l. 11. num. 47. tit. 6. lib. 5. recopilat. donde pretende inferir ex D. Gregor. Lopez in l. 10. tit. 13. part. 6. & D. Molin. lib. 1. cap. 13. num. 16. quòd ab auo potest nepos spurius vocari ad maioratum: porque auiendose de entender la doctrina del Doctor, secundum leges, & DD. quos allegat Bart. in l. non solũ, §. liberationis, ff. de liberat. legat. Joann. Andr. in cap. cùm nuntius, de testib. Tiraquell. de nobilit. cap. 26. num. 4. tantum abest, que el señor Gregorio Lopez, y señor Molina, digan lo que pretende Azeuedo, que antes prueuan lo contrario, porque la glossa, in dict. l. 10. verbo, *la manda*, en quanto dize, *ab alio tamen, quam à patre etiam ab auo potest spurio donari, vel relinqui, gloss. & DD. in l. 1. C. de natural. liber. & dixi in l. 4. tit. 3. sup. ead. part.* Se deue entender en terminos habiles, scilicèt, ratione alimentorum, como lo entiende la glossa in dict. l. 4. verbo, *nacida de dañado coitu*, a que se refiere, donde dize: *Ex generalibus verbis huius legis videtur, quòd non posit spurius, seù natus ex damnato coitu institui hæres ab aliquo, & si non sit pater.* Y lo mismo prueua D. Molina, per hæc verba: *Potest namque spurius ad succesionem maioratus vocari ab extraneo, seù alio quolibet agnato transuersali.* Lo qual no se puede ajustar al abuelo, ni a otro ascendiente alguno, sic explicat D. Castill. lib. 5. cap. 67. num. 31. his verbis: *Et quatenus, inquit Azeued. vbi supra, num. 48. in dubio non videri vocatum spurium, nisi probaretur aliam fuisse mentẽ testatoris, iuxta traditiones Ludouici Mol. temperari, atque intelligi debet, nam si proponatur maioratum à parente, vel ascendente paterno factum fuisse, tùnc equidem, nec in dubio ex coniecturis, neque etiam ex clara, & expressa dispositione admitti potest, cùm nullo modo, neque expresse, neque tacite, neque directe, neque indirecte ex dispositione parentis capere posit spurius.*

25 ¶ Mucho menos puede ayudarse don Baltasar, de que auiendo dicho Christoual de Salcedo en su testamento, que tenia legitimado y habilitado a dõ Fernando, sin embargo de ser su hijo espurio, y adulterino, para que le sucediesse en sus bienes, por dispensacion y rescripto de su Magestad lo quedaron asimismo legitimados y habilitados los hijos del dicho don Fernando para suceder al abuelo: porque lo que asi enuncia Christoual de Salcedo en su testamento, no prueua que sea

cierta

cierta la dicha legitimacion, respeto q̃ la dispensacion del Principe, en lo prohibido por derecho, ad sui probationem exigit scripturam, l. 1. C. de mandat. Princip. Afflict. decis. 398. nu. 6. Thusc. practic. conclus. tom. 7. lit. S. conclus. 87. nu. 35. D. Molin. de primog. lib. 2. cap. 8. num. 8. ibi: *Quamuis enim gratia per verbum, fiat, à Principe prolatum, perfecta sit, ad sui tamen probationem, quælibet gratia Principis scripturam necessario requirit, nec testibus probari poterit*; & in specie Ludouic. de Sardis, in tractat. de natural. liber. §. requisita in legitimationem, num. 16. quem refert Alexand. Trentacinq. variar. lib. 1. resolut. 2. de legitimatione, nu. 27. his verbis: *Sexto in legitimatione requiritur scriptura.* Sin que baste la enunciacion de las partes, porq̃ en aquellas cosas, que no dependen de la voluntad de aquel que las cõfiessa, qual es la dicha legitimacion, nihil valet enũtiatio Bald. in l. 1. in fin. C. de Episcop. & Cleric. Federic. de Sen. cons. 264. Gratian. discept. forens. tom. 5. cap. 918. num. 25. Petr. Surd. decis. 231. num. 9. ibi: *Quia cùm huiusmodi solemnitas à partibus non possèt remitti, non etiam standum est verbis enũtiatis ab ipsis partibus.*

26 ¶ Item, por la dispẽsacion q̃ el Principe cõcede al hijo espurio, para q̃ suceda al padre, no queda legitimado, porq̃ el Principe no puede quitar el defeto de la espuriedad, sino solo dispẽsar el impedimẽto q̃ excluye al espurio de la sucesion del padre, vt ex Paul. cons. 30. n. 4. lib. 1. Socin. cons. 65. nu. 12. lib. 3. Bald. in l. 1. C. de natural. liber. D. Couarr. in epithom. succession. cap. 8. §. 8. num. 4. Tell. Fernand. in l. 12. Taur. num. 24. docet D. Molin. de primog. lib. 3. cap. 3. num. 36. *Quòd autem filius spurius habitus ex parentibus inter quos non poterat esse matrimonium ex impedimento iuris Diuini, vel Canonici, nunquam dicatur legitimatus, sed potius dispensatus, idque ex eo, quòd Princeps non possit spurium legitimare, neque huiusmodi defectum tollere, sed solum, cùm eo dispensare*; & post alios plures Menoch. de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 79. num. 42. & cons. 1011. num. 35. Y la dispensacion por su naturaleza est stricti iuris, & non extenditur vltra casus super quibus concessa fuit, cap. 1. §. fin. de fil. Præsbyt. lib. 6. & probat Thom. Sanchez, de matrim. lib. 8. disput. 1. à num. 3. sed tot debent esse dispensationes, quot obstacula, Geminian. cõs. 33. num. 8. Casiador. decis. 9. num. 4. de Præbend. Rot. decis. 233. part. 1. diuersor. Stephan. Gratian. discept. forens. tom. 2. cap. 397. num. 38. Y assi dispensado el hijo para que pueda suceder al padre, no lo queda el nieto espurio, para que le pueda sustituyr el abuelo: porque si bien la espuriedad del nieto, respeto del abuelo, no sea de tanto impedimento, para suceder en

ſus bienes, como la del hijo, reſpeto del padre, por eſtàr concedido lo mas en la diſpenſacion del hijo, no es viſto que eſtê diſpenſado el nieto, ex regula, quæ à iure, de regul. iur. in 6. ibi: *Quæ à iure communi exorbitant minime ſunt ad conſequētiam trahenda*; que es falencia regulæ cui licêt, dict. tit. de reg. iur. in 6. & probatur in cap. fin. de traslat. Epiſcop. Donde la diſpenſacion, para ſer promouido a la Dignidad de Arçobiſpo, non extenditur ad Epiſcopatū, & ex multis adductis exornat, & probat ipſemet Thom. Sanchez, in dict. diſp. 1. num. 32.

27 ¶ Quòd fulcitur, de que quando fundô el mayorazgo Chriſtoual de Salcedo, no era nacido don Baltaſar, con que ni por extenſion, ni interpretacion, puede dezir que eſtà comprehendido en la diſpéſacion concedida a don Fernando: porque la diſpenſacion, para que tenga valor, es neceſſario que el Principe que la concede tenga cierta ciencia del impedimento que diſpenſa, ipſemet Thom. Sanchez, dict. lib. 8. diſput. 4. per totam. Y no auiendo pedido Chriſtoual de Salcedo en la ſuplica que hizo para habilitar a don Fernando, que le pudieſſe ſuceder en ſus bienes, que ſe diſpenſaſſe con los hijos eſpurios que el ſuſodicho tuuieſſe, para poderlos ſubſtituyr y llamar a la ſuceſsion del mayorazgo: es abſurdo querer, que la voluntad del Principe fue diſpenſar con los hijos eſpurios de dō Fernando, no diziendolo la diſpenſacion in narratione facti, nec in eius conceſsione, cùm conceſsio nunquam cenſeatur excedere petitionem, §. præterea, Inſtit. de inutil. ſtipullation. l. ſi defenſor, §. qui interrogatus, ff. de interrogat. action. Bart. in l. 1. num. 5. ff. ad l. Jul. maieſt. Jaſ. in l. iuſtitia, num. 11. ff. de iuſt. & iur. Mandel. Albenſ. conſ. 382. num. 5. & 27.

28 ¶ Y quando ſe conceda poteſtad en Chriſtoual de Salcedo de llamar a la ſuceſsion de ſu mayorazgo los hijos eſpurios de don Fernando, y ſe admita por prouada eſta calidad en don Baltaſar, no puede pretender que tiene llamamiento por la clauſula de la fundacion, referida ſupra, num. 2. porque ſu generalidad, en quanto dize, que a falta de los hijos legitimos de legitimo matrimonio de don Fernando, *lo han de auer ſus hijos, qualeſquier que ſean, legitimos, o no legitimos, prefiriendo el mayor al menor, y el legitimo al no legitimo, y el natural al que no lo fuere*, no comprehende a los eſpurios, reſpeto que el eſpurio nunquam cenſetur vocatus, etiam ſi illegitimi vocentur, ne detur occaſio deſcendentibus grauius delinquendi, vt ex Deci. conſ. 433. num. 13. probat Azeued. conſ. 24. num. 17. ibi: *Spurius non cenſetur vocatus, etiam ſi illegitimi vocentur*; & Petr. Surd. conſ. 456.

num. 30.

num.30. lib.4. ibi: *Et non est verum, quòd ex quo testator vocauit non solum naturales, sed etiam bastardos, venient etiam spurij, tanquā inclusi sub vocabulo bastardorum.*

29 ¶ Y menos puede comprehenderse el espurio nacido de punible ayuntamiento, qual pretende don Baltasar auer sido su nacimiento en lo general de aquellas palabras, *qualesquier que sean*: porque de necessidad se han de restringir a los hijos ilegitimos, no nacidos de punible ayuntamiento, para que la disposicion no se destruyga, y les conuenga la apelacion de hijos, vt ex multis probat Mantica, de coniect. lib.11. tit.9. n. 26. his verbis: *Sed ego nullo modo possum adduci, vt existimem testatorem de ijs liberis sensisse, qui ex damnato concubitu fuerint concepti: quia nec filij sunt nominandi iuribus supra citatis, & verba quantumuis generalia ciuili modo sunt intelligenda, & prout ratio dictat, & non abusiue, Bald. in cap.1. num.15. in fin. de capitan. qui curi. vendid. per l. cui, ff. de seruitutib. l. obligatione generali, ff. de pignoribus, & l. creditor, §. Lutius, ff. mandat.* &c. Et infra: *Satis est igitur in proposito nostro, quòd hæc verba quo quomodo intelligantur de naturalibus, qui sunt illegitimi, ne si intelligantur de ijs, qui nascuntur ex damnato concubitu testator videatur occasionem grauissime delinquende præstitisse, iuxt. notata per Bart. Paul. Castrens. & alios, in l. hæredibus, §. Titius, ff. ad Trebell. Abb. in cap. in præsentia, num.16. de probation. qui sane intellectus esset absurdus, & irrationabilis, & ideò fugiendus, vt fuit expositum supra, lib.3. tit.7. de absurdo vitando, proinde idem Alciat. in dict. cons.24. num.12. lib.9. apperte confitetur hanc conditionem supradictis verbis expressam ad eos spurios, qui nati sint ex damnato concubitu non referri, sed ad alios, qui orti sint ex laico, & soluta, seu non cōiugata, ita vt coitus non sit damnatus, neque punibili à lege ciuili.* Y se prueua en los mayorazgos instituydos cō facultad real, que aunque por ella se concede llamar a la sucession qualesquier personas, no pueden ser llamados los espurios, que se hallan incapaces de suceder; vt ex multis notat D. Molin. de primogen. lib.2. cap.11. num.30. *Quòd ne dùm procedit in maioratu ex decisionibus legum regiarum facto, verùm etiam in eo, quòd ex regia facultate instituitur, etiam si vocatio spurij fiat post omnium legitimorum descēdētium vocationem, quamuis enim verba facultatum generalia sint, & ex eis primogeniorum institutoribus concedatur facultas vocandi quascumque personas ea verba ad habiles, tantum atque capaces, non autem ad personas inhabiles & incapaces extenda sunt*; & post alios plures D. Castill. dict. cap.67. num.31. vers. *Secundo, deinde.*

30 ¶ Esta incapacidad la confiessa don Baltasar, pues su pretension es ser hijo adulterino de don Fernando, y que don

Fernando fue asimismo hijo adulterino de Christoual de Salcedo, & successio filij metitur ex habilitate patris, itaque vbi filius non capit, nec nepos, vt in l. fin. 6. de natur. lib. y assi el nieto del hijo espurio, nacido ex damnato coitu, ni puede suceder a los abuelos ex parte patris, nec ex parte matris, Tello Fernandez, in l. 9. Taur. num. 25. Matienç. in l. 7. gloss. 8. nu. 3. tit. 8. lib. 5. recopilat. porque el adulterio, si bien con desiguales penas, in vtroque sexu, es condenado, cap. Christiana Religio. 32. quæst. 5. cap. si quis vxorem, 22. quæst. 1. cap. gaudemus, §. 1. de diuort. Farinac. in prax. quæst. 141. num. 105. & est videre apud Thom. Sanchez, de matrim. lib. 10. quæst. 8. n. 11. & probatur in l. 10. tit. 19. part. 6. vbi qualiter excluditur â successione filius incestuosus, siuè adulterinus.

ARTICVLO TERCERO.

31 ¶ La oposicion de don Gomez Patiño a este pleyto es en virtud de vn poder que dize le otorgò doña Jacoba de Salcedo su muger el año de 591. estando en la ciudad de Cuenca del Piru, para cobrar en España todos los bienes que le perteneciessen, dos años antes del de 593. en que Christoual de Salcedo fundò el mayorazgo: y porque en todo juyzio lo primero que se ha de examinar es la habilidad y capacidad de la persona que lo intenta, text. in l. quidam referunt, 14. ff. de iur. codicill. *non ante iuris ratio, quam persona quærenda sit*, l. 1. & 2. ff. qui legitim. person. stand. in iud. hab. l. si quæramus, ff. de testament. y que esta legitimacion, in iudicio summario possessionis maioratus, lo resuelue, ex gloss. in l. 2. C. de ædict. Diu. Adrian. Tollend. Mier. de maiorat. part. 3. quæst. 15. num. 136. & ex sententia Menoch. remed. 4. num. 441. D. Castill. lib. 3. controuers. cap. 24. num. 131. Y don Gomez Patiño, ni en virtud del dicho poder, ni por el que concede el derecho al marido para la administracion general de los bienes de la muger, se halla cõ capacidad ni habilidad para este juyzio, porq̃ el poder es traslado de traslado, sacado sin citacion de parte, ni autoridad de Juez, a quien el derecho llama, *exemplo*, & ex vtriusque iuris regula non esse adhibendam fidem definitum extat, cap. 1. de fid. instrument. cap. significasti, de testib. l. 2. ff. de fid. instrum. l. fin. ff. quæmadmod. testam. apperiant. l. 114. tit. 18. part. 3. ibi: *Ca, si alguno quisiesse vsar en juyzio, para prouar su intencion, del traslado de alguna carta, o preuilegio, non deue ser creydo, ha menos de mostrar el original onde fue sacado*; gloss. & DD. in authent. si quis in

aliq.

aliq. docum. C. de ædend. D.Couarr. practicar.cap.21.D.Molin. lib.3. cap.13. num.48. D. Paz, de tenut. lib.1. cap.25.num.12. Rodrig. de exequut. cap.1. art.4. num.12. Gratian. discept. forens. cap.187. num.13. & cap.268. num.4.

32 ¶ Y en tanto grado carece de fee y credito el traslado y exemplo assi compulsado, que el Principe de potestad ordinaria no puede hazer que lo tenga, Abb. in dict. cap. 1. de fid. instrument. Felin. in cap. olim, num. 22. de re iudic. D. Couarr. in dict. cap.21. num.2. D. Paz in dict. cap.25. num.14. porque la fee y credito del instrumento publico nace de la autoridad del escriuano que dà fee auer otorgado ante el las partes lo que refiere la escritura, y esto no lo puede afirmar el escriuano que compulsa la escritura otorgada ante otro, pues no se hallò presente al otorgamiento, & notario non creditur, nisi de eo, quod rogatur à partibus, §. nos autem, authent. de Tabellion. l. 3. §. item Diuus, de testib. Mascard. de probation. conclusi. 711. à num. 3. Gratian. dict. cap. 268. num. 34. Alexand. Trentacinq. variar. lib. 2. resolution. 5. de probation. num. 2. y no presentandose el original, su exemplo præsumitur falsum, l. quicumque, ff. de fid. instrument. Curt. iun. consl.166. num.1. Mascard. dict. conclusi. 711. num.2.

33 ¶ Item, quando este poder fuera autentico, y solene, no podia valerse del para pedir possession de los bienes deste mayorazgo, porque es acto en que se requiere mandato especial, que induzga declaracion del animo en aprehender la possession de los bienes en que ha sucedido, y que sea otorgado despues de muerto aquel de cuya sucession se trata, l. si quis mihi bona, 25. §. sed vtrùm, ff. de acquirend. hæredit. *Sed vtrùm generaliter quæcumque tibi hæreditas fuerit delata, an specialiter, & magis placet vt Caius Casius scripsit specialiter debere mandari, sed an nominatim de viui hæreditate mandari possit quæritur, sed ego non puto recipiendum, vt de viui hæreditate mandetur.* Y aunque la possession de los bienes de mayorazgo, luego incōtinenti que muere su tenedor, se transfiere sine aliqua apprehensione en el legitimo sucessor; con todo es necessaria animi declaratio ipsius successoris, vt effectibus possessionis vti possit, vel occupando propria authoritate bona, vel si ab alio fuerint occupata proponendo coram iudice interdictum recuperandæ possessionis, cuius effectus pendent ab ipsa morte possessoris donec successor animum, & voluntatem suam declarauerit, potest siquidem maioratus bona res puere, & nolle acquirere, quo casu in sequentem in gradu continuabitur possessio, verba

sunt

sunt Matienço in l. 8. gloss. 1. num. 23. tit. 7. lib. 5. recopilat. Y se prueua, de que en todos los actos concernientibus declarationem animi alterius exigitur mãdatum speciale, Bart. in l. inter stipulantem, §. 1. ff. de verbor. obligation. Alexand. cons. 78. num. 14. lib. 3. Surd. cons. 160. num. 24. lib. 2. Tiraquell. de retract. conuent. §. 1. gloss. 10. num. 94. & post alios Gratian. disceptat. forens. tom. 3. cap. 442. num. 18. Y como podrá don Gomez Patiño en virtud deste poder dezir, que quando vacô el mayorazgo por muerte de don Fernando de Salcedo, tuuo doña Jacoba voluntad y animo de aprehender los bienes deste mayorazgo; siendo asi que no estaua fundado al tiempo que lo otorgò, ni pudo tener ciencia ni conocimiento de que se auia de fundar, ni suceder en el por falta de descendientes en la primera linea; y que el poder, por general que sea, non extenditur ad lites futuras, ad quas nullum ius de præsenti haberet, gloss. in l. damni infecti, §. si is qui, ff. de damn. infect. gloss. in l. omnium, verbo, *dantur*, ff. de procurator. & ex Bart. & alijs Paz, in prax. 4. ad notat. de procurato. num. 23.

34 ¶ Esta falta de poder de doña Jacoba no la puede suplir por el que concede el derecho al marido en la administracion de los bienes de la muger: Tùm, porque quando el marido pide como procurador de la muger, sino tiene poder de la susodicha, no se sustenta el juyzio, quia allegando mandatũ facit se alienum à prouisione legis, l. maritus, 21. C. de procurator. ibi: *Sin autem mandatum succeperit, licèt maritus sit, id solum exequi debet, quòd procuratio emissa præscripserit*; & post Bald. & Salicet. probat Jaso. in l. exigendi, num. 9. versic. *Sexto fallit*, dict. tit. C. de procurator. & alijs adductis Tiraquell. de retract. lignag. §. 10. gloss. 1. num. 6. & 7. & post alios plures Alexand. Trentacinq. variar. lib. 2. resolution. 5. de procurator. num. 8. his verbis: *Quando maritus egit tanquam procurator vxoris, cùm in rei veritate non haberet mandatum, tùnc processus est nullus dato, quòd potuisset agere, vt maritus, & legitimus administrator, nec saluatur illa via, quia maritus, & imputetur ei quare talem viam elegerit agendo, vt procurator*; idem tenet & probat Fontanell. de pact. nuptial. clausul. 6. gloss. 2. part. 7. num. 60. & Salgad. de reg. protection. part. 4. cap. 8. num. 270. Tùm, porque el marido para pedir los bienes en que sucedio la muger despues de contraydo el matrimonio, cùm in ijs nihil sit ei commissum non est dubitandum, quod mandato eget vxoris, l. fin. C. de pact. conuent. & ibi gloss. & DD. & in dict. l. maritus, C. de procurator. ad quod facit text. in l. seruo legato, 72. §. si testor,

9 tor,

tor, ff. de legat. 1. l. Titio centum, 70. §. Titio genero, ff. de condition. & demonstrat. vbi probatur quod maritus nõ potest exigere legatum vxori factum, sine eius mandato, vt notat Tusch. practic. conclusion. tom.5. lit.M. conclusi.95. num.9. y si bien pueda ser admitido tanquam coniuncta persona, & legitimus administrator rerum vxoris, despues de auer la muger declarado querer adquirir los bienes, cuya sucession assi le fue diferida; esto solo se le permite cûm cautione de rato, vt notant ipsimet Alexand. Trentacinq. ibidem num.10. vers. *In alijs rebus:* & Fontan. num.55. lo qual no tiene hecho, ni intentado don Gomez Patiño en este pleyto.

35 ¶ Este vicio, y defeto de poder, es tan insanable, quòd redditiudicium retro nullum, & ad inualidandum processum quandocumque poterit opponi, l. licêt, C. de procurator. cap. in nostra, eod. tit. l. licêt, ff. de iudic. cap. licèt, de appellation. in 6. Bald. in l.2. C. si ex fals. instrument. quem sequuntur plures, quos refert Vant. de nullitat. tit. ex defect. inhabilit. seù mandat. num.59. & per ipsum Principem suppleri non potest, porque faltando el poder, falta la voluntad y consentimiento de la persona en cuyo nombre el procurador litiga, l. ex causa, §.1. ff. de procurator. cap.1. de sponsalib. lib.6. & ex Bald. in l. falsi, C. de furt. & alijs pluribus docet ipsemet Vant. ibidem num.60. y el Juez ex proprio officio, etiam parte non opponente, deue repeler del juyzio al que le intenta y trata sin tener legitimada su persona, examinando, si el poder de que se vale es bastante para el, Bart. post gloss. in l. vbi pactum, C. de transaction. & ibi Jaso. num.10. Paz, in prax. ad initiũ, tom. 3. num.6. Menoch. de arbitr. *lib. 1. quæst.16. Cancer.* variar. resolution. lib.1. cap. 18. de exception. vbi adducit rationem: *Quia iudex ex officio curare debet, ne iudicium, & acta, quæ coram eo fiunt reddantur illusoria, iuxta l. si Prætor, in princip. ff. de iudic.*

36 ¶ Despues de visto el pleyto, y quando esta alegacion llegô a este punto, que parece midiò el tiempo, se ha presentado por parte de don Gomez Patiño vn poder especial, que suena auerle otorgado doña Jacoba de Salcedo Naruaez en la ciudad de Cuenca del Pirù, para pedir estos bienes; y vna informacion hecha ante la justicia de aquella ciudad de su filiacion y muerte de doña Mariana de Salcedo su hermana mayor; con que pretende sanar el vicio de la nulidad que padecen todos los autos deste processo; siendo assi que el dicho poder no està otorgado con ratificacion de autos, y que aunque los ratificara no se podia retrotraer la ratificacion, para dar firmeça a

los autos assi processados, estando ya opuesta contra ellos la nulidad, ex defectu mandati, quia homo non potest fingere actum á principio nullum esse validũ, vt ex gloss. Bart. & DD. in dict. l. licèt, ff. de iudic. refert Tusch. practicar. concl. tom. 6. lit. R. conclusi. 24. num. 27. & probat Azeued. in l. 3. tit. 2. lib. 4. recopilat. num. 12. *Opposita tamen exceptione defectus mandati, si non demonstretur mãdatum ante præstitum nulla erunt acta, quòd adeò verùm est, quòd quamuis oppositione hac facta ratificentur per Dominum omnia acta facta absque mandato, nihil operabitur ratificatio talis.* Et infra: *Quia ratificatio in præiudicium iuris iam acquisiti, nihil operatur*; & per gloss. in cap. ratihabitionem, de reg. iur. tenet Ossascus, decis. 119. num. 25. & Anton. Thesaur. decis. 7. num. 3. *Nam id locum habet quando iam ius tertio quæsitum esset, vel quando ante tacitam ratihabitionem, aut aliquem actum à Domino gestum fuisset oppositum de illegitimo interuentu procuratoris*; quem sequitur Alexand. Trentacinq. variar. lib. 2. resolut. 12. de procurator. num. 10. ibi: *Quòd declaratur procedere ante partis oppositionem, & non post.*

37 ¶ Item, quando la ley, o estatuto dispone, que no se admita la demanda, ni sea oydo el procurador sin que tenga poder bastante de la parte en cuyo nombre introduze el juyzio (prout disponit l. 3. tit. 2. lib. 4. recopilat. & l. 55. tit. 1. lib. 3. & ordinamenta huius Regalis Chancellariæ in multis locis) no se satisfaze con la ratificacion, que no es verdadero poder, sino fingido, Bald. in l. si vxorem, C. de condition. insert. n. 3. ibi: *Quinto & vltimo casu aut lex requirebat mandatum, & non sufficit ratihabitio, vt l. quid ergo, ff. de his qui notant. infam. & ideò si statutum diceret, quòd processus procuratoris sine mandato, non valeat ratihabitio, non sufficeret, vt ff. mandat. l. si verò non remunerandi, §. si post credita*; & sequitur Felin. in cap. causam, el 1. num. 9. vers. *Fallit sexto*, de iudic. Jas. in l. licèt, C. de procurator. num. 10. vers. *Nono, limita*, Tusch. dict. tom. 6. lit. R. conclusi. 23. num. 23. & Alexand. Trentacinq. dict. lib. 2. variar. resolut. 2. de procurator. num. 6. Lo qual procede con mayores fundamentos despues de traydo el processo a la Chancilleria, cuya autoridad Real, y respeto, no permite que se traten en ella las causas con engaño, o falsedad, ipsemet Bald. in l. falsus, num. 2. C. de furt. ibi: *Factum per falsum procuratorem in Audientia Principis non conualescit per ratificationem, dict. in cap. ex parte, per Innocent. argument. infra de his qui à non Domin. manum. sunt, l. fin. propter vitium obreptionis: quia est valde detestabile in auditorio Principis, & ideò puniendum*; & Paul. Castrens. in dict. l. licèt, num. 3. Jason,

num. 10.

num.10. Abb. & Felin. in cap. non nulli, §. sunt, & alij, num. 4. de rescript. Anton. Gabriel, lib. 2. commun. opinion. concl. 4. de procurator. & ipsimet Alexand. Trentacinq. ibidem num. 7. Y la razon es, porque mandar la ley, o estatuto, que no se admita al juyzio el procurador sin poder bastante, no fue introduzido en fauor de los actores, sino de los reos, y de la republica, ne litibus illussorijs vexentur, vt notat Abb. in dict. cap. non nulli, §. sunt, & alij, num. 5. *Quia hoc non fuit inductum in faborem actorum, sed in faborem conueniendi, & reipublicæ, vt satis colligitur ex textu ideò, non potest actor supplere ex post facto id, quòd non dependet à consensu suo.* Porque la ratificacion solo puede dar firmeça al acto quando peca en el consentimiento, & non in alijs, quæ pendent ex forma, vel alia exteriori potentia, Bart. in l. obseruare, in fin. ff. de offic. pro Cons. & in l. ab emptione, num. 14. ff. de pact. Bald. in l. mancipia, C. de reb. alien. non alienand. Surd. decis. 245. num. 5. Gratian. discept. forens. tom. 1. cap. 124. num. 22. & tom. 3. cap. 565. num. 50.

38 ¶ Rursus, quando se dispensara en que doña Jacoba pudiera ratificar lo assi hecho en su nombre por don Gomez Patiño, no podrà obrar el poder presentado esta ratificacion: porque para confirmar el acto a que se ordena, es necessario que tenga cierta ciencia el que la otorga del hecho, y del derecho, que ratifica; vt probat Aymon Crauet. cons. 772. num. 6. tom. 5. ibi: *In qua re sciendum scientiam certam, claramque actus exigi, qui approbatur, vt ex Speculat. Jas. probat in cons. 184. column. 4. in fin. lib. 2. plenam item instructionem, ita vt in re vlla error non interueniat, Cardin. desiderat in cons. 44. num. 5. Ruyn. in cons. 63. column. penult. in lib. 1. non solùm facti autem, sed & iuris scientia ratum habēte exigitur, aliter momenti vllius non habetur*; idem tenet Paul. Paris. cons. 47. num. 97. lib. 1. & pluribus adductis Gratian. disceptat. forens. tom. 4. cap. 768. num. 11. Y esta ciencia ni la tuuo doña Jacoba, ni la pudo tener: porque solo insinua en el poder auer sabido la muerte de don Fernando, mas no el pleyto que se auia mouido sobre su sucession, ni el derecho de las partes que en el litigauan, ni el que cada vna dellas tenia deduzido: porque quando se puede entender se le dio el auiso, segun la distancia del lugar, y el despacho de las flotas para el Pirù, fue en la flota que se despachó el año de 631. despues del mes de Abril, en que muriò don Fernando, porque la fecha del poder suena ser en veynte y siete de Março de 1632. con que no puede comprehender expressa, ni presunta aprouacion, ni ratificacion de lo hecho en este pleyto, cū nemo approbet quod

ignorat, Bald. conſ.176. vol.2. Caſtrenſ. conſ.465. lib.1. Ceph. conſ.441. num.93. lib.3. deciſ. Pedemont. 119. num. 27. Becc. alios referens conſ.37. num.24.

39 ¶ Y quando eſta falta de legitimacion en la perſona de don Gomez Patiño, y ſu procurador, no obſtaſſe a ſu intento, obſtarà no auer legitimado la perſona y derecho de doña Jacoba: porque tres coſas deue prouar el que pretende la suceſſion de vn mayorazgo, videlicêt: *Vocatum eſſe, & habere illam qualitatem, ſub qua vocatus fuit, & ſuæ ſubſtitutionis caſum eueniſſe*, Menoch. conſ.97. num.103. Roland. conſ.56. num.3. lib.3. Hõded. conſ.60. num.12. & conſ.78. num.9. lib. 1. Burgos de Paz, conſ.34. num.21. lo qual no tiene hecho doña Jacoba: porque ſi bien los hijos legitimos y naturales de Juan de Naruaez Salcedo tienen llamamiento, y eſtân ſubſtituydos a falta de don Fernando, y ſus deſcendientes: y es aſsi, que por auer muerto ſin hijos que le puedan ſuceder, llegò el caſo de la ſubſtitucion del dicho Iuan de Naruaez, no ha prouado doña Jacoba que ſea hija legitima y natural del ſuſodicho, y que no le preceda en grado otro alguno de ſus hermanos: porque teniendolo negado don Alonſo, deuia prouar eſta ſu filiacion con la calidad de legitima, como fundamento de ſu intento, l. 1. ff. de probation. l. fin. C. de alend. liber. Patian. de probation. lib. 2. concluſi.6. á num. 1. Gratian. diſceptat. forenſ. tom. 1. cap. 83. num. 1.

40 ¶ No tiene prouado doña Jacoba eſta ſu pretenſa filiacion: porque la clauſula del teſtamento que don Gomez Patiño dize ſer del dicho Juan de Naruaez, es aſsimiſmo traslado de traslado, mas vicioſo, y con menos autoridad que el del poder referido, porque ſu otorgamiento ſuena auer ſido en la ciudad de los Reyes, ante Juan Gutierrez eſcriuano; y de vn traslado ſignado del dicho Juan Gutierrez ſaca la dicha clauſula en la ciudad de Cuenca Juan Callejo de Tapia eſcriuano; y deſte traslado eſtà compulſado por Fernando de Medina, eſcriuano publico de Xerez de la Frontera, el traslado preſentado en eſte pleyto, juntamente con el traslado de vna informacion, hecha por el dicho don Gomez Patiño en la dicha ciudad de Cuenca el dicho año de 591. en orden a la filiacion de la dicha doña Jacoba; y aſsi a todo ello no ſe le deue fee ni credito, por lo que queda notado ſupra, num. 31. Y porque al inſtrumento compulſado, para que ſe le dê credito, es neceſſario que preceda a la compulſa citacion de los intereſſados, Bald. in l. nec quidquam, §. vbi decretum, num. 22. ff. de offic. pro

Conſ.

Consf. Alexand. in l. filius fam. num. 9. & Iaf. num. 51. ff. de legat. 1. D. Couarr. practicar. cap. 22. num. 8. ibi: *Necessaria est iudicis authoritas, & citatio illius, cui in specie præiudicat*, Gothifred. in annotation. ad Pandect. in l. sancimus, C. de diuers. rescript. lit. I. *Exempla instrumentorum non probare, nisi citata parte, & iudicis commissione petita sint*; & alijs adductis Stephan. Gratian. disceptat. forens. cap. 577. num. 28.

41 ¶ Item, esta prouança, y la nueuamente presentada por don Gomez Patiño, no le puede aprouechar, por estar en ellas examinados los testigos sin citacion de don Alonso de Zarçosa, y ser de derecho, testes examinatos parte non citata minime probare, text. in cap. 2. de testib. dum dicit: *Ecce admonendus est semper aduersarius, vt ad audiendos testes veniat., quòd quia hic omissum est necesse est, vt contra legem actum est non habeat firmitatem*; & in l. si quando, §. sed cùm oportet, & in authēt. sed si quis, C. de testib. & vtrobique gloss. & cōmuniter DD. quorum in numero plures refert & sequitur Farinac. de testib. quæst. 72. á num. 1. de quo est etiam text. in l. 23 tit. 26. part. 3. Y esto procede oy a los testigos examinados ante litem contestatam, siuê ad perpetuam rei ad memoriam, §. & hic verò, auth. de testib. & post multos notat ipsemet Farin. ibidem num. 2.

42 ¶ Con que toda la justificacion de don Gomez Patiño, en su pretension, viene a estar en las prouanças hechas en España, de las quales no resulta prouado su intento: porque siendo el principio de donde origina auer sucedido en este mayorazgo, que Juan de Naruaez, de quien dize ser hija doña Jacoba, fue hermano de Christoual de Salcedo, a quien llamò a la sucesion a falta de don Fernando de Salcedo, y sus hijos, no tiene hecho articulo en todos sus interrogatorios, ni examinado testigo, ni presentado instrumento, en prueua de que el dicho Iuan de Naruaez fuesse tal hermano del dicho Christoual de Salcedo, siendo asi, que este es el fundamento de su intento, & qualem quis alium facit, siuè dicit pro fundamento suæ intentionis talem illum probare debet, vt ex Bald. in l. per diuersas, C. mandat. & Bart. in l. ex stipulatione, & in l. prolatā, C. de sentent. Menoch. de adipisc. possess. remed. 3. num. 56. & alijs pluribus probat Mascard. conclusi. 1253. num. 2. y esto procede etiam parte non opponente quasi hoc sit principium intrinsecum, ex quo oritur actio, Decian. cons. 24. num. 53. lib. 1. Becc. cons. 75. num. 6. Riminal. iun. cons. 494. num. 20. lib. 5. Honded. cons. 4. n. 103. lib. 1. Simon de Præt. cons. 106. n. 40. Stephan. Gratian. disceptat. forens. tom. 4. cap. 668. num. 5.

 43 ¶ Y si

43 ¶ Y si bien, faltando la prueua deste principio, de donde pretende originar su derecho y accion doña Jacoba, no era necessaria mas defensa para quedar vencida en su intento: para demonstracion de la flaqueza de todo lo que en orden a el tiene prouado, es de aduertir, que sus testigos solo deponen auer visto, que doña Maria de Mercado, muger legitima que oyeron dezir auer sido de Juan de Naruaez (porque ninguno de todos ellos conociô al susodicho) la tratò y criò por su hija, y este trato y nominacion de la madre no es bastante para constituyrle en quasi possession de hija legitima: quia per illam nõ probatur matrimonium præsumptiuè, Carol. Ruyn. cons. 63. num. 12. lib. 2. Marc. Anton. Nat. cons. 473. num. 25. Y asi, aunque para prouar la filiacion, por ser de dificil prouança, se admitan conjeturas y presunciones, la calidad de ser legitima es de facil prouança, por consistir en la del matrimonio, que no está sugeta a lo dificil que la filiacion, Anton. de Butr. in cap. per tuas, qui fil. sint legit. Peregrin. de fideicommis. art. 43. num. 7. Gratian. disceptat. forens. tom. 1. cap. 83. num. 2. Y prouado el matrimonio, para que el trato y nominacion constituya en quasi possession de hijo legitimo al que pretende ser nacido del, es necessario que concurran en estos actos marido y muger, cap. per tuas, de probation. ibi: *Et filius nominatus communiter fuit, & habitus ab ambobus*; dict. cap. per tuas, qui filij sint legitim. ibi: *Standum esse super hoc verbo viri, & mulieris*; l. 1. §. ad quæstionem, ff. de quæstion, ibi: *Ambo parentes dicunt charam habuisse*; & probat Nat. dict. cons. 473. num. 24. & Menoch. cons. 614. num. 12.

44 ¶ Y en todo lo que refieren sus deposiciones de auditu alieno, no se les deue fee ni credito, ex regula text. in cap. licêt ex quadam, & ibi communiter DD. de testib. quam pluribus adductis exornat, & comprobat Farinac. de testib. quæst. 69. num. 2. & iure nostro Regio, l. 29. tit. 16. part. 3. & probat Joann. Garcia, de nobilit. gloss. 38. num. 14. Y aunque esta regla se limita en hechos antiguos, el matrimonio que pretende doña Jacoba de Juan de Naruaez, y doña Maria de Mercado, y su nacimiento del, no es tan antiguo para que dispense en lo regular de su prouança, y se admita la de oydas: demas que era necessario para que se admitiesse esta prouança de oydas, que los testigos en ella examinados tuuiessen, duodecim requisita enumerata, per DD. in dict. cap. licêt ex quadam, quæ refert Farinac. ibidem num. 105. Y el principal es, que fuessen

mayores

mayores de toda excepcion, y que esta calidad estuuiesse articulada, y prouada, vt notat Farinac. ibidem num. 107. Steph. Gratian. disceptat. forens. cap. 789. num. 11. *Vnde requirebatur, quòd in specie fierent articuli, & probationes super ista qualitate optimæ opinionis, cùm aliàs nihil talibus sit credendum.* Principalmente tratandose de la legitimidad de la filiacion, y prouança del matrimonio, en que los testigos de necessidad deuen ser mayores omni exceptione, cap. 1. & ibi gloss. de consang. & affinit. cap. *at testatione*, de desponsation. impuber. D. Couarr. in 4. decretal. 2. part. cap. 8. Mascard. conclusion. 1023. num. 4. & 16.

45 ¶ Item, los testigos de oydas deuen referir los autores dellas fidedignos, y de credito, y todos los dichos testigos faltan en este requisito: con lo qual, y no auer presentado don Gomez Patiño los instrumentos y escrituras que es de creer interuinieron, assi en los contratos matrimoniales de los padres, como las fees del Bautismo de los hijos, està sospechoso de falso su intento, y para que se admita la prouança de oydas han de ser originadas de causas prouables, y sin sospecha, y en cosa verosimil, y facil de persuadir, Bald. cons. 447. num. 10. lib. 5. Surd. cons. 151. num. 56. Menoch. cons. 446. num. 31. Farinac. decis. 182. num. 5. & quando agitur principaliter de iure filij, ad successionem bonorum plena & perfecta probatio filiationis requiritur, Ioann. Garcia, de nobilitat. gloss. 1. num. 36. Con que la oposicion de don Gomez Patiño no puede embaraçar la pretension de don Alonso Zarçosa, en cuya legitimacion de derecho, y persona, no se duda; y assi esperamos la confirmacion de la sentencia, que le mandò amparar en la possession de los bienes deste mayorazgo: Salua D. C. D. V.

Licenciado Manuel Ruyz de Aguado.